



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Carlos Roberto Landim

**O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O ÔNUS
DA DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL:
HIPÓTESES DE REDISTRIBUIÇÃO DESSE ÔNUS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Profº. Fernando Hugo Rabello
Miranda

Brasília
2011

Agradeço a Deus por me conceder onipotência sem poder, embriaguez sem vinho e vida sem morte (nas palavras de São Francisco de Assis); à minha mulher pela força, incentivo e amor que me serviram de combustível; à minha mãe, meus filhos e meus netinhos Judy e Samuel como uma homenagem.

Ao meu orientador, Professor Fernando Hugo pelo apoio e pelo direcionamento objetivo com que me guiou no trabalho dessa monografia.

“O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.”

Luiz Fux

RESUMO

A demasiada demora no trâmite processual é certamente uma das maiores reclamações, senão a maior, das pessoas que recorrem ao Judiciário. A decisão judicial para ser adequada e servir à pacificação social precisa, além de seguir o devido processo legal, ser entregue ao jurisdicionado em tempo razoável, sob pena de perecimento do direito. Com o objetivo de tornar o Poder Judiciário mais célere, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, em 8 de dezembro de 2004, incluindo a razoável duração do processo no rol dos direitos e garantias fundamentais. Mas, o atual sistema processual civil brasileiro ainda não atende de maneira efetiva, esse preceito constitucional. A duração excessiva do tempo do processo traz danos econômicos, sociais e psicológicos as partes, principalmente para o demandante que teve seu direito violado. O presente estudo tem por objeto a análise de instrumentos capazes de distribuir de maneira mais justa, o sacrifício da demora do processo, mitigando de alguma forma esse grave problema enfrentado pela Justiça.

Palavras chave: Processo civil. Morosidade. Emenda Constitucional nº 45. Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo. Princípio da Efetividade. Princípio da Razoabilidade. Princípio da Equidade. Responsabilidade Objetiva do Estado. Redistribuição do ônus da demora processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	10
1.1 Fundamentos Históricos.....	10
1.1.1 <i>Antecedentes: Europa e América</i>	10
1.1.2 <i>Origens no Direito Brasileiro</i>	12
1.2 Previsões no Direito Internacional – Por que é direito fundamental?	13
1.3 Da recepção da Duração Razoável do Processo como Garantia Fundamental pela Constituição Brasileira de 1988.....	14
1.4 O que é “razoável” na duração do processo ou “em busca do tempo da justiça”	15
1.5 Fundamentos Jurídicos e Princípios Correlatos.....	19
2 DURAÇÃO DO TEMPO DO PROCESSO COMO ÔNUS AS PARTES	22
2.1 A demora como fator de danos (econômicos, sociais, psicológicos, etc.)	22
2.2 Da redistribuição dos ônus do tempo ou da distribuição equitativa do ônus da duração do processo.....	28
2.3 Quais processos devem tramitar em tempo razoável?	30
3 A DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COMO ÔNUS AO JUIZ E AO ESTADO.....	32
3.1 Prazos processuais	32
3.2 Prazos impróprios e sua implicação na morosidade da prestação da tutela jurisdicional	33
3.3 Responsabilidade subjetiva do juiz e a responsabilidade objetiva do Estado pela demora do serviço público jurisdicional	34
4 HIPÓTESES DE REDISTRIBUIÇÃO ENTRE AS PARTES DO ÔNUS PELA DEMORA PROCESSUAL	40
4.1 Antecipação de Tutela.....	40
4.2 Medidas Cautelares	44
4.3 Alienação na Execução Provisória (CPC, 475-O).....	46
4.4 A Efetividade da Multa na Execução da Sentença (CPC, 475-J).....	48
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A sociedade atual exige novas respostas para a morosa prestação jurisdicional e o estudo do Direito Processual aponta para novos caminhos, desvinculados de formalismos arcaicos que tornam o processo judiciário desarmônico com nossa realidade social.

A percepção da ineficiência do judiciário é geral, inclusive reconhecido pelos representantes dos três poderes da República, quando do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano.”¹

Segundo pesquisa² realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal – STF são três os principais problemas de nossos tribunais: a) o exagero no número de ações nas quais o poder público é parte; b) o elevado índice de processos repetidos em análises nas cortes superiores e; c) o longo tempo de espera para julgamento dos casos.

O cerne de da reforma do Novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, é a preocupação com a celeridade processual. Mas esse princípio, agora Constitucional, não deve ser encarado como um preceito acima dos outros e muitos menos como um princípio basilar, onde todos os demais se originam. É um cuidado necessário porque celeridade não significa em hipótese alguma eficácia e justiça, até porque a Justiça tem seu próprio tempo. Todos os princípios têm o mesmo valor e devem ser ponderados a depender do caso concreto. Luiz Guilherme Marinoni enfrenta a questão envolvendo a colisão entre princípios, dizendo que:

[...] na hipótese de colisão de princípios, a questão é de peso. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso significa que, aí, não há como declarar a invalidade do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do princípio que o precedeu, diante de outro caso concreto.³

¹ PACTO de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Disponível em:<<http://www.mj.gov.br>.> Acesso em: 21 set. 2007.

² Matéria publicada no Jornal Valor Econômico em 07/04/2005. p. E1: “Supremo identifica gargalos na Justiça”.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 22.

A delimitação temática desta monografia encontra-se na Constituição Federal, precisamente no inciso LXXVIII do artigo 5º, de acordo com o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O estudo foca de maneira ainda mais convergente a questão da distribuição ou da redistribuição do ônus do processo em função dessa demora e os instrumentos à disposição do magistrado e das partes para aplacar as injustiças do processo judicial, principalmente para o autor, vítima de um ilícito praticado pelo réu, que muitas vezes abre mão de seus direitos em busca de uma solução mais rápida – um acordo desfavorável - ou simplesmente nem busca seu direito por saber que a decisão judicial não lhe será útil devido à demora da prestação jurisdicional.

O Capítulo 1 – *O Princípio da Duração Razoável do Processo* – é destinado a fazer um breve retrospecto acerca dos antecedentes históricos desse princípio, mostrando sua origem, previsão no Direito Internacional e no Direito Brasileiro. Esse capítulo também procura fazer um delineamento do significado jurídico do conceito “razoável duração do processo” e dos princípios que lhe são correlatos.

O Capítulo 2 – *A Duração do Tempo do Processo como ônus as Partes* – trata dos danos econômicos, sociais e psicológicos sofrido pelo demandante que teve seu direito violado, causado pela demora do Estado na prestação da tutela jurisdicional.

No Capítulo 3 – *A Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional como Ônus ao Juiz e ao Estado* – o estudo mostra, que o ônus da demora também deve recair sobre o juiz em caso de culpa e ao Estado quando o demandante da ação sofrer prejuízos em função da demora desse serviço público essencial. Este capítulo aponta o prazo impróprio como um grande obstáculo ao cumprimento do princípio da duração razoável do processo.

Por último, o capítulo 4 – *Hipóteses de Redistribuição entre as Partes do Ônus pela Demora Processual* – é apresentado instrumentos, criados pelo legislador, capazes de distribuir ou redistribuir, o sacrifício da demora do processo de maneira mais justa.

Na Conclusão são apresentadas as principais deduções do aluno sobre a problemática da duração irrazoável do processo e as formas de distribuição do ônus dessa demora. Também aborda as possíveis soluções para a questão da demora processual, sem a pretensão de resolver o problema, mas de mitigá-lo.

Ressalta-se que a pesquisa foi essencialmente bibliográfica, baseada nas doutrinas dos autores relacionados na bibliografia, contando também com acréscimos da jurisprudência pertinente e da legislação correlata ao assunto. Posições modernas encontradas em teses de mestrado e doutorado do acervo do UniCeub e também encontradas na internet, bem como opiniões de operadores do direito encontradas em web sites, jornais, revistas que estimulam o debate e a produção de conhecimento jurídico foram acrescentadas quando julgadas relevantes para o trabalho, considerando sempre, antes de sua adoção, a procedência do artigo e suas referências bibliográficas.

1 O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

1.1 Fundamentos Históricos

1.1.1 Antecedentes: Europa e América

A análise do desenvolvimento histórico de um direito fundamental é imprescindível para sua perfeita compreensão. José Eduardo Figueiredo Dias diz que “um preceito constitucional é naturalmente o seu texto, mas é também e sobretudo a sua história”.⁴

A preocupação com a duração do processo não é um tema recente, sendo tratada desde os tempos iniciais do funcionamento da Justiça. Como afirmou Volker Schlette “As queixas com relação ao tempo de duração dos processos judiciais devem ser tão antigas como a própria Justiça...”.⁵

A preocupação com a celeridade processual tem raízes no direito anglo-saxão, no século XII. Nesse sentido escreve Samuel Miranda Arruda:

Segundo Warren, a primeira evidência do reconhecimento do direito ao *speedy Trial* na Inglaterra dá-se em 1166 no *Assize of Clarendon*. Em que pese à primazia cronológica, é importante centrarmos esta sucinta análise histórica nos dispositivos da *Magna Charta* e do *Habeas Corpus Act*. Isto se justifica seja pelo relevo que suas normas assumiram, seja pela forma mais detalhada como o direito foi regulado nos dois documentos.⁶

A Magna Carta (ou Grande Carta dos libertadores) é um documento de 1215 que limitou o poder, até então absoluto, dos monarcas da Inglaterra. Foi resultado de desentendimentos entre o Rei João Sem Terra, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo.

⁴ FIGUEIREDO, 1992. Apud ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p.29.

⁵ Ibidem, p.29.

⁶ Ibidem, p. 29-30.

O documento garantia certas liberdades políticas inglesas e continha disposições que tornavam a igreja livre da ingerência da monarquia, reformavam o direito e a justiça e regulavam o comportamento dos funcionários reais.

O documento compõe-se de 63 artigos ou cláusulas, e uma das cláusulas que maior importância teve ao longo do tempo é o artigo 39 que diz:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.⁷

O devido processo legal e não a vontade do soberano é que devia prevalecer.

No artigo 40 dispõe: “A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou *atrasaremos*, direito ou justiça.”⁸

Observa-se aqui que a preocupação com a lentidão dos processos é evidente e a efetividade ao acesso à justiça era considerada essencial.

Tais cláusulas representavam um freio ao poder do rei e o primeiro capítulo de um longo processo que levou à monarquia constitucional e ao constitucionalismo. A Magna Carta é o primeiro estatuto inglês e a pedra angular da constituição britânica.

Outro registro relevante no direito inglês quanto à questão da celeridade processual é o constante no *Habeas Corpus act*. Neste documento, precipuamente voltado aos súditos que se encontravam encarcerados, evidencia-se uma clara preocupação com a morosidade dos procedimentos e com a particular necessidade de conferir rapidez aos julgamentos.

Contudo, sem desconsiderar a importância que teve o direito inglês medieval, é no direito norte-americano onde se encontra a semente do direito a um processo em tempo razoável como se pretende hoje, ou seja, extensivo a todos os

⁷ MAGNA Carta, de 1215. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 3 set. 2010.

⁸ Ibidem.

cidadãos. O marco dessa mudança foi a declaração de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que dispôs em seu art. 10:

Em todos os processos por crimes ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.⁹

Diversamente dos documentos ingleses, a Declaração de Virgínia não restringia o direito a um determinado segmento social, aos nobres, por exemplo, como fez a Magna Carta; muito menos a um determinado tipo de procedimento criminal, como fez o *Habeas Corpus act*.

1.1.2 Origens no Direito Brasileiro

Sobre a ausência do instituto da razoável duração do processo no contexto histórico da Europa e do Brasil, observa Samuel Miranda Arruda:

A importância desta prerrogativa processual no universo anglo-saxão é evidenciada também por sua incorporação ao *Bill of Rights* da Constituição americana, origem mais concreta de um direito fundamental ao *speed trial* nos Estados Unidos. Espelhando algumas das diferenciações entre os sistemas romano-germânico e da *common Law*, o direito em análise tardou bastante a ser expressamente reconhecido na Europa continental, ausência que se refletiu no desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro.¹⁰

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, foi inspirada na Constituição Americana. A união legislava sobre processos da justiça federal e os Estados sobre o processo em geral. Não mencionava nada sobre duração de processos, mas previa pela primeira vez no Brasil o *habeas corpus* em seu art. 72, § 22. Também de maneira inédita trouxe a expressão “plena defesa” no art. 72, § 16.

Na Carta de 1934, pela primeira vez se fala em celeridade processual, quando o art. 113, 35, 1ª parte diz de forma literal que a lei asseguraria “o rápido

⁹ DECLARAÇÃO DE Virgínia. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em: 3 set. 2010.

¹⁰ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

andamento dos processos nas repartições públicas". A doutrina da época entendeu como um princípio norteador a ser aplicado em todos os processos judiciais.

A Constituição de 1988 pôs fim a um longo a um longo período ditatorial no Brasil, e justamente por isso, o legislador constitucional preocupou-se sobremaneira, no que diz respeito às regras processuais, em assegurar o tribunal independente e as garantias à ampla defesa e ao contraditório.

No entanto, a redação original da Constituição de 1988 não fez qualquer referência expressa a tempo razoável dos processos como direito fundamental, mas a doutrina entendeu que esse princípio estava implícito no art. 5º, incisos LIV e XXXV, que são os relativos ao devido processo legal e da efetividade da jurisdição.

Entretanto a inoperância do Judiciário chegou a tal ponto que foi necessário alterar a Constituição, para nela incluir, entre outros dispositivos, um que, expressamente, contemplasse a razoável duração do processo como direito fundamental. Foi especificamente a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que, pela primeira vez, promoveu o instituto da razoável duração do processo, a princípio fundamental escrito em uma Constituição brasileira.

1.2 Previsões no Direito Internacional – Por que é direito fundamental?

Muitos tratados e convenções internacionais contemplam o direito à tramitação do processo em tempo razoável. O primeiro deles, a Convenção Européia dos Direitos do Homem - CEDH, de 1950, assegura ao preso o direito de ser julgado em um prazo razoável. Os dispositivos insertos nos arts. 5º, §3º, e 6º, §1º se referem no direito da pessoa ser julgada "*num prazo razoável*".¹¹

Em 1966, tem-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado sob o amparo da Assembléia Geral das Nações Unidas, que prevê o direito do preso ou do acusado pela prática de um crime de ser julgado em *tempo razoável* nos artigos 9º e 14º (16).

¹¹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>> Acesso em: 8 set. 2010.

A convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (ratificada pelo Brasil em 1992), prevê no seu art. 8º, item 1, como garantia judicial, a oitiva da pessoa por juiz ou tribunal “*dentro de um prazo razoável*”.

O documento mais recente, de grande repercussão internacional é a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em 2000, também estatui no art. 47 que: - “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num *prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”.

Hoje, é tendência mundial adicionar aos textos constitucionais o direito fundamental que todo ser humano tem de se submeter a um processo cujo prolongamento seja adequado às peculiaridades do caso concreto *sub judice*, mas também o menor possível, a fim de se preservar o direito material que se busca tutelar.

O direito fundamental à duração do processo em tempo razoável é norma já vigente em países como México, Portugal, Espanha, EUA, Itália e outros.

No Brasil, o estabelecimento desse princípio na Constituição chega com muito atraso, se comparado com os Estados Unidos e com a Europa, que já tinham esse preceito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1939 e na Convenção Européia dos Direitos Humanos desde 1950, respectivamente.

1.3 Da recepção da Duração Razoável do Processo como Garantia Fundamental pela Constituição Brasileira de 1988

Em consonância com a preocupação mundial com a morosidade da Justiça e ciente dos nefastos prejuízos que a demora processual causa, o constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), acrescentou ao artigo 5º da Constituição o inciso LXXVIII, de acordo com o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Restou, pois, assegurado o *direito* à razoável duração do processo (primeira parte, com conteúdo declaratório) e, agregadas a ele, as

garantias – ainda que não expressas – necessárias à concretização de tal direito no plano prático (segunda parte, com conteúdo assecuratório). Em outras palavras, daquele dispositivo constitucional deriva ser direito de todos, a razoável duração dos processos (judiciais e administrativos), garantida a utilização de todas as técnicas necessárias à celeridade na tramitação dos mesmos.

Todavia, a simples inclusão da razoável duração do processo na Constituição não era suficiente para tornar céleres os processos judiciais. Por isso, a mesma Emenda Constitucional nº 45/2004, mediante outras alterações promovidas na Carta Magna, reestruturou o Poder Judiciário.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 no seu art. 7º, ordenou a instalação de comissão mista no Congresso Nacional destinada a, entre outros objetivos, promover alterações na legislação federal, objetivando tornar mais célere à prestação jurisdicional.

Apesar dessas novidades, o processo brasileiro continua demasiadamente lento. Por tal razão, a comunidade jurídica aguarda do Congresso providências concretas de reformas para racionalizar ainda mais o processo e prestar uma jurisdição em tempo mais oportuno. Deve o legislador, prever também a responsabilidade do Estado pelo não atendimento adequado de seu poder/dever jurisdicional, como já acontece, por exemplo, em países como a Itália, ou seja, o dever do Estado indenizar quem sofreu dano pela demora processual, não importando se a causa é complexa ou se a decisão seria justa. Nesse sentido, para o Estado, seria mais viável sob o aspecto econômico, investir mais na Justiça para que ela seja realmente eficaz, do que pagar multas em um cenário de Justiça lenta e ineficaz.

1.4 O que é “razoável” na duração do processo ou “em busca do tempo da justiça”

A revolução tecnológica das últimas décadas, sobretudo no campo das comunicações e dos transportes, ocasionou uma modificação no paradigma temporal da sociedade contemporânea. Sobre esse reflexo no sistema processual Samuel Miranda Arruda assevera:

O tempo não pode ser aferido e analisado em termos absolutos, sendo necessário reconhecer a existência de uma noção sistêmica. Assim, o tempo da justiça nem sempre será compatível com o tempo da imprensa e o tempo da história, pois as peculiaridades da atividade judicial podem dificultar a resposta em tempo real que lhe é sempre exigida. Disto resulta uma percepção, algumas vezes falsa, de que a justiça é lenta ou pouco eficaz.¹²

O que pode ser entendido por razoável ou quais os limites do razoável na duração do processo?

Segundo o Dicionário do Aurélio, razoável é o moderado, o comedido, o ponderado, o aceitável, o sensato, conforme a razão. Sobre o conceito de “razoável” e sua compreensão no campo do direito processual Samuel Arruda diz:

A noção de razoabilidade – ínsita ao próprio direito fundamental – é necessariamente aberta, de forma a possibilitar uma concretização ponderada, à luz dos casos particulares que se apresentam. É impossível e contrário à natureza do direito, fixar rigidamente minuciosas tabelas temporais de razoabilidade que a meçam genericamente em uma dada quantidade de anos ou meses.¹³

Muito mais que dizer que a duração do processo fosse comedida, moderada, entre outros sinônimos, entende-se que o constituinte almejou, na verdade, contemplar como núcleo essencial do direito o princípio da razoabilidade, adotando-se, assim, pela primeira vez de forma explícita no texto da Constituição Federal, princípio que até então, em instância constitucional, era fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

Essa solução até certo ponto justifica-se pela impossibilidade de se contemplar num só conceito, como já se viu, todas as situações concretas que poderiam ocorrer quando da sua aplicação, mostrando-se mais apropriado deixar ao exame do caso concreto, a análise da violação ou não do direito estabelecido pela Constituição.

O tempo da justiça não corresponde ao tempo idealizado pela sociedade, pois a justiça não pode agir sob o peso da urgência, da impaciência do lesado. Há que se respeitar o também direito constitucional da ampla defesa, por isso no tempo da Justiça há que se inquirir, há que instruir o processo, que realizar o contraditório, que apurar os fatos, que buscar a razão ou a verdade, que recolher as provas. O

¹² ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 375.

¹³ Ibidem, p. 375.

tempo da Justiça deve permitir uma leitura não emotiva da realidade e conduzir a uma decisão de qualidade.

Como bem salienta Humberto Theodoro Júnior:

O provimento judicial definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses, mediante o processo, só é atingida pela seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.¹⁴

De maneira que entre a interposição da demanda e a providência judicial satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo), há que se percorrer certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

No entanto essa “temporalidade” de que o Estado necessita, da mesma maneira que não pode atropelar os direitos e garantias fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa, também não pode criar obstáculos para a efetiva prestação jurisdicional que é devida ao jurisdicionado, para os fins a que se destina o processo.

O Estado, como detentor do monopólio da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica, ou seja, garantir à parte o direito de ação. Há um objetivo do processo, que é a solução justa da lide e a conseqüente paz social dentro de um espaço de tempo razoável.

O transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação etc. Como bem ilustra Marinoni: - “O processo para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito”.¹⁵

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. p. 22.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 107.

A imprecisão do termo “razoável” é criticada por doutrinadores como Nicolitt,¹⁶ argumentando este que a não fixação ou determinação de prazos, além de violar o princípio da legalidade, deixa uma margem muito grande de arbitrariedade ao Juiz, abrindo a possibilidade de que predileções pessoais influenciem nas decisões.

De outro lado, doutrinadores como Enio Moraes da Silva e Fernando da Fonseca Gajardoni¹⁷ não acreditam que tais críticas possam prosperar, uma vez que, em face dos diferentes tipos de processos com suas diferenças e complexidades, é praticamente impossível criar-se uma regra que preveja exhaustivamente as possíveis variáveis de todo e qualquer litígio, mostrando-se mais apropriado deixar ao exame do caso concreto a aferição da violação ou não do direito estabelecido pela Constituição. Assim, defendem a utilização de expressões vagas, como ocorre na garantia fundamental ora sob análise.

A impossibilidade de se contemplar em só conceito todas as hipóteses e situações relativas a prazos processuais, fez com que o legislador optasse por um conceito jurídico indeterminado. Todavia, longe de ser considerada um obstáculo à aplicação do direito, a indeterminação do conceito possibilita ao operador da norma jurídica buscar no caso concreto a correta compreensão de seu conteúdo e de sua extensão. Assim, será no caso particular, diante de específicas circunstâncias fáticas e jurídicas, que se dará a avaliação quanto à violação ou não da garantia à razoável duração do processo.

Portanto, percebe-se que no caso da razoável duração do processo, a *razoabilidade* deve ser entendida como um parâmetro, uma diretriz, para se quantificar a duração do processo e a ocorrência de possíveis excessos, de forma a alcançar o ideal de justiça intentado pela Constituição Federal.

¹⁶ NICOLITT, André Luiz. A Duração razoável do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 26.

¹⁷ GAJARDON, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Jurídica Lemos & Cruz, 2003.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 43, out./dez. 2006.

1.5 Fundamentos Jurídicos e Princípios Correlatos

A existência de um direito fundamental autônomo e completo ao processo em tempo razoável é relativamente recente. No Brasil, sua inclusão formal e explícita no texto da Constituição Federal deu-se apenas com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que promoveu extensa reforma no Poder Judiciário.

Mas, Samuel Miranda Arruda reconhece que o direito a razoável duração do processo já estava inserido, embora de forma indireta e derivada no texto da Constituição Brasileira, quando afirma:

[...] Com efeito, o reconhecimento do direito à tramitação processual em tempo razoável nos tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Européia de Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica; e a explosão da litigiosidade com a multiplicação dos procedimentos e agravamento da crise da justiça acentuaram o desenvolvimento de uma construção doutrinária e jurisprudencial que deduzia a existência deste direito fundamental como decorrência de cláusulas constitucionais antigas e já bem arraigadas no constitucionalismo brasileiro, as quais, entretanto, foram tendo seu âmbito de aplicação expandido.¹⁸

Postulados jurídicos universais como a tutela judicial efetiva, o *due process of law*, e o princípio do Estado de direito influenciaram o Brasil, e outros países, a considerar a existência de um direito ao processo em tempo razoável. Conforme Miranda Arruda, para este desenvolvimento, também contribuiu:

[...] o secular modelo norte-americano de fortalecimento dos direitos processuais através do *conceito aberto de devido processo legal*, lentamente alargado pela jurisprudência da Suprema Corte e, por isso, em contínua atualização.¹⁹

A correlação do princípio da razoável duração do processo com os preceitos constitucionais mais genéricas que lhe estão associadas se justifica, porque, conforme diz Samuel Arruda:

[...] é a partir de tais princípios e normas que se retira parte da base constitucional para o reconhecimento do direito a um processo em tempo razoável; e porque todas essas cláusulas estão intimamente ligadas e são as fontes mediatas do direito fundamental em estudo.²⁰

¹⁸ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 48.

¹⁹ Ibidem, p. 51.

²⁰ Ibidem, p. 51.

No seu livro “O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo”, Samuel Miranda Arruda²¹ aborda alguns princípios constitucionais relacionando-os com o princípio da razoável duração do processo, são eles: - a) O Direito à Proteção Jurídica como Corolário do Princípio do Estado de Direito; b) O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva; c) O devido Processo Legal e Tempo Razoável; d) O Princípio da Segurança Jurídica e a Temporalidade da Tutela Judicial.

Podemos citar outros princípios constitucionais que podem ter o seu âmbito de aplicação expandido para a razoável duração do processo, como o da “dignidade da pessoa humana”, o do “acesso à justiça”, os princípios da “legalidade” e da “eficiência”, ambos inseridos no art. 37 da Constituição Federal. Mas nos deteremos em um princípio que pode ser considerado como o núcleo essencial desse direito que é o princípio da razoabilidade.

Ao utilizar o vocábulo “razoável” e não utilizar prazos o constituinte derivado almejou contemplar como núcleo essencial do direito o princípio da razoabilidade, adotando-se, assim, pela primeira vez de forma explícita no texto da Constituição Federal, princípio que até então, em instância constitucional, era fruto de construção doutrinária ou jurisprudencial.

Essa solução até certo ponto justifica-se pela impossibilidade de se contemplar num só conceito, como já se viu, todas as situações concretas que poderiam ocorrer quando da sua aplicação, mostrando-se mais apropriado deixar ao exame do caso concreto o exame da violação ou não do direito estabelecido pela Constituição.

Mas afinal, no que se traduz o *princípio da razoabilidade*? Para Barroso, “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.”²²

Como destaca Ávila, a razoabilidade é empregada em vários sentidos, mas três acepções se destacam:

²¹ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 51.

²² BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 224.

[...] **Primeiro**, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. **Segundo**, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referências, seja reclamando a existência de um suporte empírico (prático, experiência) e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente (*coerente, harmoniosa com o fim a que se destina*) entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. **Terceiro**, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.²³

Na jurisprudência do STF, conforme aponta Sampaio²⁴, o princípio da razoabilidade tem sido usado como um critério geral contra a arbitrariedade e os excessos administrativos e do legislador, nos seguintes sentidos:

- a) Razoabilidade como coerência;
- b) Razoabilidade como proporcionalidade em sentido geral;
- c) Razoabilidade como correspondência com os fatos, com a realidade ou a natureza das coisas.

Embora existam diversos sentidos acerca da razoabilidade, em todas as hipóteses a idéia central está associada à justiça. Essa vertente, qual seja, de equilíbrio e bom senso na aplicação do direito, parece ter sido a intenção do constituinte ao contemplar o princípio da razoabilidade como núcleo essencial do direito em exame, contrapondo-se de um lado a *rapidez* no trâmite processual e de outro a *prudência* na prestação jurisdicional.

Assim, no caso da “*razoável duração do processo*”, deve a *razoabilidade* ser entendida como um parâmetro, uma diretriz, *para se aferir a duração do processo*, de forma a alcançar o ideal de justiça projetado pela Constituição Federal.

²³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 82-91.

2 DURAÇÃO DO TEMPO DO PROCESSO COMO ÔNUS AS PARTES

2.1 A demora como fator de danos (econômicos, sociais, psicológicos, etc.)

Quando o assunto versado é processo, necessariamente se fala em tempo e prazos. O tempo é inerente ao processo, elemento intrínseco da relação processual. Luiz Guilherme Marinoni ²⁵ ao abordar a dimensão do tempo no processo assevera que:

A doutrina clássica, no momento em que construiu o procedimento comum – compreendido como o procedimento de cognição plena e exauriente – e banuiu do sistema processual os procedimentos materialmente sumários, notadamente aqueles de cognição parcial, deu prioridade ao valor *segurança* sobre o valor *tempestividade*.

Continuando diz:

Chiovenda acusou estes procedimentos de serem incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna, que exigiria um processo teleologicamente voltado para a descoberta da verdade e, além disso, capaz de oferecer a indispensável segurança de que as relações jurídicas necessitariam para se desenvolverem. Os procedimentos de cognição parcial – exatamente porque se valem da técnica das exceções reservadas – permitem a propositura de uma ação inversa por parte do réu, o que pode gerar uma sentença contrária ao vencedor no primeiro processo. Uma ação inversa posterior pode permitir ao vencido reverter o resultado econômico obtido pelo vencedor, o que certamente não geraria a certeza exigida para o desenvolvimento da produção industrial. Não é impossível dizer, assim, que a ideologia da civilização industrial de certa forma reafirmou a tendência da expulsão das tutelas sumárias do sistema processual, inconciliáveis que eram com os negócios dos “homens de negócios”. ²⁶

Observa-se que ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, a doutrina clássica mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. Como observa Marinoni

[...] o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento. A proliferação das tutelas sumárias nada é mais do que fenômeno oriundo das novas

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p 13.

²⁶ Ibidem, p 14.

exigências de uma sociedade urbana de massa que não mais admite a morosidade jurisdicional imposta pela ordinariade.²⁷

Continuando Marinoni descreve:

O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois aí há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.²⁸

O princípio da razoabilidade deve prevalecer e dar ao tempo do processo um valor que lhe é devido, já que o escopo essencial do processo é o de tutelar os direitos do autor que tem razão. Nesse sentido Marinoni assevera:

De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão.²⁹

Analisando os fundamentos históricos da questão do tempo no processo e a posição da doutrina clássica Marinoni observa:

O processo do direito continental europeu foi influenciado pelas idéias do liberalismo do século XIX e, portanto, pelo conceito de lei do direito liberal. É justamente a idéia de neutralidade, que sabidamente caracteriza o procedimento ordinário e que é derivada da indiferença da lei pelo que se passa no plano da realidade social, que impede a concepção de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do litígio.³⁰

Ao se permitir a “ampla defesa” do réu de maneira absoluta, como pretende parte da doutrina se tutela o direito do réu à cognição definitiva em detrimento do direito do auto. Neste sentido continua Marinoni:

A concepção equivocada, mas difundida, de direito de defesa, também influenciada pela filosofia liberal, é outro monumento marcado pela falta de sensibilidade de juristas cegos para o que se passa na vida dos homens de carne e osso. Aqueles que conhecem a realidade da justiça civil brasileira podem perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa – se concebido na forma plena como pretende parte da doutrina -, ao mesmo tempo em que tutela o direito do réu à cognição definitiva, pode privar o autor de muita coisa. Imaginar – em uma concepção narcísica e romântica de devido processo legal – que as garantias nada retiram de alguém é desprezar o “lado oculto e feio” do processo, o lado que não pode ser visto (ou não quer

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p 14.

²⁸ Ibidem, p. 15.

²⁹ Ibidem, p. 15.

³⁰ Ibidem, p.15.

visto) pelo processualista que tem “olhos” apenas para o plano normativo ou para o plano das abstrações dogmáticas.³¹

A doutrina processual civil conceitua autor, como aquele que pede o reconhecimento de um direito subjetivo e define o réu como aquele que requer a declaração da inexistência do direito afirmado pelo autor. Porém, salienta Marinoni:

Poucos se dão conta, porém, que em regra o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do *status quo*. Esta percepção, até banal, da verdadeira realidade do processo civil, é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva.³²

Marinoni continua seu raciocínio, observando que em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. Destaca ele que, “a disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem).”³³

Um exemplo bem ilustrativo de como o tempo pode prejudicar o réu que tem razão é o de um “processo condenatório”, quando a demora na obtenção do bem será uma penalidade imposta ao autor, ao mesmo tempo em que a sua preservação no patrimônio do réu, será um benefício conferido a este. Destaca Marinoni³⁴ que:

Se o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora, não é possível esquecer o que isto realmente representa para o cidadão comum que no processo é chamado de autor, tal como se fosse o ‘homem sem rosto’ do direito liberal.

[...]

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 15-16.

³² Ibidem, p. 16.

³³ Ibidem, p. 16.

³⁴ Ibidem, p. 17.

O conflito de uma ação judicial acarreta aos litigantes uma carga de expectativas, de angustias, de temores quanto ao desenvolvimento e ao resultado da disputa. Em um processo em que a distribuição do ônus do tempo do processo não é isonômica, ao autor cabe um peso ainda maior, pois mesmo vitorioso ao final do pleito, terá ficado privado do bem da vida a que tinha direito – “*danno marginale in senso stretto*”, na expressão de Italo Andolina.³⁵

Ao se dar ao réu o direito de insurgir-se contra todas as decisões que lhe sejam desfavoráveis, e este sob o manto do direito ao contraditório, utilizá-los para protelar a decisão final, há que se cuidar dos correspondentes prejuízos tanto na esfera patrimonial, como na esfera dos direitos personalíssimos, que se pode acarretar ao autor. Athos Carneiro Gusmão ilustra esse bem pensamento:

Cuidamos de prejuízos maiores, quer na esfera patrimonial, como na de direitos personalíssimos: pendente o processo, e até que se entregue em definitivo a prestação jurisdicional, o bem objeto do litígio pode sofrer danos ou desaparecer, a marca de comércio pode continuar a ser indevidamente usada, com perda de prestígio e clientela ao seu legítimo titular; o credor permanece sem receber o que lhe é devido, e o proprietário não pode reaver o que lhe pertence; a propaganda enganosa continuará embaindo consumidores; a manutenção do ‘*status quo*’ implicará quiçá no perecimento do próprio direito afirmado pelo demandante, e assim por diante.³⁶

O Direito a defesa deve ser relativizado não só, porque quando absoluto confronta outros princípios também constitucionais, mas também porque pode ser usado como artifício, ao que Samuel Miranda Arruda chama de “O tempo como arma”, ou seja, a provocação da morosidade como estratégia na guerra judicial:

Estivemos sempre a colocar e considerar a morosidade ou a irrazoável rapidez de um processo judicial como fatores negativos, a ensejarem prejuízos aos litigantes. É preciso compreender, contudo, que o tempo pode também ser utilizado como instrumento ou estratégia por parte e em favor de alguns jurisdicionados. Assim, Boaventura Santos, por exemplo, fala da existência de uma “morosidade funcional”, provocada pela(s) parte(s) e favorável aos seus propósitos.³⁷ Com efeito, como é natural, havendo prejudicados com a ineficiência temporal surgem em contrapartida beneficiários.³⁸

³⁵ ANDOLINA Apud CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de Tutela. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2.

³⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de Tutela. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2-3.

³⁷ SANTOS, 1996 Apud ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 340.

³⁸ ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.p. 340.

Um uma disputa judicial, as partes, podem ter interesses conflitantes quanto ao tempo do processo, um querendo prolongar e o outro acelerar o processo, sendo mais comum o autor estar interessado em obter a decisão o mais rapidamente possível.

Por isso, o princípio da “ampla defesa” não pode ser absoluto, deve ser relativizado frente ao princípio da “razoável duração do processo”. O direito à defesa, assim como o direito a uma justiça em tempo razoável, são direitos constitucionalmente tutelados. O juiz ao interpretar as normas processuais, deve verificar se estas correspondem às necessidades sociais e aplicá-las sempre sob a luz da constituição e de seu tempo. É nesse sentido a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

[...] para o adequado cumprimento da função jurisdicional é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso [...] Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o seu direito.³⁹

A dimensão do tempo é mais evidente quando se trata de direitos não patrimoniais, como os direitos de personalidade e o direito ao meio ambiente. Esses direitos quando violados, não podem esperar “o tempo normal da justiça”, pois são direitos altamente “perecíveis” e caso se passe algum pouco tempo de sua violação serão transformados apenas em direitos à indenização. Marinoni observa que: “O tempo do processo inutiliza-os, dando a impressão de que todos, ao contrário do que está proclamado na lei, podem violá-los caso se disponham a pagar por eles, prestando indenização.”⁴⁰

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 294.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p 192.

A conduta de retardar o processo e com isso causar dano a outra parte, reflete-se com mais gravidade no sistema judicial quando praticada por um litigante habitual, o Estado como parte nos litígios. No Brasil, os prejuízos provocados à parte autora nos processos movidos contra as pessoas jurídicas públicas, são maiores ainda que os movidos em ações privadas. Isto se deve aos inúmeros benefícios processuais, ritos diferenciados, prazos processuais maiores além do privilégio de impenhorabilidade dos bens públicos. A violação a razoável duração do processo é feita da forma mais violenta por quem deveria patrociná-la.

Luiz Guilherme Marinoni cita em seu livro “Teoria Geral do Processo”, um bom exemplo de como os governos se valeram do tempo da justiça para alcançar os seus objetivos. Ele lembra o plano de estabilização econômica feito pelo governo Collor, que impediu o saque das contas correntes e das poupanças a partir de determinado valor, e como o governo impediu que se discutisse isto no judiciário.

Para se impedir o seu adequado questionamento perante o Judiciário, editou-se medida provisória proibindo a concessão de liminar e a execução “provisória” da sentença nos mandados de segurança e nas ações cautelares que tivessem referido plano como objeto. A inescandível finalidade dessa medida provisória foi a de impedir que os cidadãos, mediante o uso do processo judicial para a proteção dos seus direitos, pudessem obter liminares ou “execuções provisórias das sentenças” – instrumentos típicos destinados a conferir tempestividade à prestação da tutela jurisdicional – ordenando a liberação dos seus ativos financeiros, o que seria evidentemente contrário aos objetivos do governo.⁴¹

Nas palavras de Vicente de Vicente Greco Filho⁴², *o Poder Judiciário é um poder político*, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurá-lo. Continua ele,

Parece, por conseguinte, importantíssima para a atual compreensão do processo essa visão política, destacando-se a função que exerce no sistema de garantia de direitos subjetivos públicos e privados, para depois estudar sua formulação técnica.⁴³

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 193.

⁴² GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 8.

⁴³ Ibidem, p. 8.

Nesse sentido o processo, também nas palavras de Vicente Greco, não deve se prestar a outros interesses que não um instrumento de justiça e de efetivação de direitos.⁴⁴

Marinoni diz que: “Se o processo retira da vida o seu próprio impulso, ele não pode – apenas porque se destina a “descobrir a verdade” – deixar de considerar as necessidades do autor, a menos que deseje celebrar, através de um procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida, mas também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado.”⁴⁵

Por tudo isso, o sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e de inibir as defesas abusivas. Embora a ampla defesa, seja considerada por alguns como direito fundamental absoluto até o trânsito em julgado da questão, esse direito deve ser exercido respeitando-se o princípio da razoabilidade e de maneira que não retarda e limite, indevidamente, a realização do direito da outra parte e com isso ferindo-se o princípio, também fundamental, da equidade.

2.2 Da redistribuição dos ônus do tempo ou da distribuição equitativa do ônus da duração do processo

Como vimos, no procedimento comum, em relação ao ônus do tempo, a posição do réu é privilegiada frente ao autor. Isso se deu porque esse procedimento foi concebido a partir do princípio da “ampla defesa”, não se permitindo a invasão da esfera jurídica do réu antes de se esgotar completamente a realização da sua defesa. Como bem observa Marinoni: “o uso acrítico de tal procedimento fez com que o réu passasse a dele se valer em seu benefício, obtendo vantagens patrimoniais à custa do sacrifício do autor.”⁴⁶

Continuando diz Marinoni:

A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo clássico, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser jogado

⁴⁴GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

⁴⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17.

⁴⁶Ibidem, p 364-365.

nas costas do autor, como se ele fosse o culpado pela demora inerente à verificação da existência dos direitos.⁴⁷

Indaga ainda:

De acordo com o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Porém, se o ônus da prova é repartido entre o autor e o réu na medida do que alegam, cabe perguntar por que o tempo do processo também não é dividido de acordo com essa mesma regra. Ou seja, se o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, por que o autor deve suportar o tempo necessário à produção de uma prova que interessa ao réu? Essa questão ainda não mereceu a devida atenção da doutrina, embora seja muito importante para a distribuição isonômica do tempo entre os litigantes.⁴⁸

Ao réu, sempre é vantajoso abusar do direito de defesa, tendo ou não razão, pois se durante o decorrer do tempo de duração do processo, o bem objeto do litígio é mantido em seu poder, ou seja, agregado ao seu patrimônio, ele é beneficiado pela demora da prestação jurisdicional, ainda que não tenha razão.

O sistema processual civil, para atender aos direitos fundamentais de ação e de defesa, deve dar tratamento igualitário ao autor e ao réu, devendo tratar o tempo como um ônus e não como algo alheio as partes e ao processo. Nessa dimensão Marinoni assevera: - “[...] deve se preocupar com a distribuição racional do ônus do tempo do processo, pois de outra forma será impossível alcançar um processo que espelhe o princípio da isonomia.”⁴⁹

Por isso a necessidade de redistribuição do ônus do processo decorrentes do passar do tempo, através de formas diferenciadas de tutela, formas essas que nas palavras de Athos Gusmão Carneiro

Buscam abreviar, embora mantida a cognição exauriente, a prolação da sentença de mérito com eficácia de coisa julgada material; quer através de técnicas de preservação *provisória* e *temporária* dos interesses daquele litigante que, tendo em seu favor uma aparência do bom direito, razoavelmente possa invocar prejuízo grave decorrente da duração do processo.⁵⁰

⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 365.

⁴⁸Ibidem, p. 366.

⁴⁹Ibidem, p. 366.

⁵⁰CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

Marinoni salienta que:

Se o processo, como dizia Chiovenda, “*non deve andare a danno dell’attore Che há ragione*”,⁵¹ mas se verifica que, na realidade, o seu tempo sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia na mesma proporção o réu que não a tem, é imprescindível a existência de técnicas que, atuando internamente no procedimento, permitam que o tempo seja distribuído entre os litigantes.⁵²

Continuando Marinoni observa:

Se os fatos constitutivos do direito são incontrovertidos e o réu requer a produção de prova para demonstrar um fato que se apresenta como provavelmente infundado (defesa de mérito indireta infundada), é correto retirar do autor e impor ao réu o ônus do tempo para a produção de tal prova.⁵³

Se o réu tem que provar algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o ônus do tempo necessário para a produção dessas provas, que interessam somente ao réu, não pode recair sobre o autor, pelo menos quando os fatos alegados pelo acusado se apresentam como provavelmente infundados.

O sistema processual deve avançar no sentido de desestimular defesas abusivas, que deixam o tempo do processo ao lado do réu, principalmente que não tem razão, penalizando o autor que a tem. O processo como mera garantia de formas, que trata da ampla defesa como dogma, não atende a realidade social dos novos dias. O procedimento que garante todo tempo do mundo à defesa do réu, pode retirar muita coisa, ou até tudo do autor que tem razão.

2.3 Quais processos devem tramitar em tempo razoável?

Sobre o âmbito de incidência material desta cláusula constitucional, há uma discussão sobre a restrição desse direito ou não às causas não penais pela Convenção Européia dos Direitos do Homem. Para Samuel Miranda Arruda, no caso do Brasil que adota a Convenção Americana de Direitos Humanos, não há dúvida que se aplica a todos os processos.

⁵¹MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002 p. 366.

⁵²Ibidem, p. 366.

⁵³Idem. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 367.

Realmente, este texto não deixa margem a dúvidas, havendo restado esclarecido que as garantias judiciais, nomeadamente a do processo em tempo razoável, devem ser asseguradas na “apuração de qualquer acusação penal formulada contra a pessoa” ou na “determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. [...] Por outro lado, tendo a Convenção americana vigência no Brasil, parece claro que o direito lá conferido vai ser exigível em *todas* as espécies de procedimento, não se restringindo às causas penais ou algumas cíveis, como seria o caso do dispositivo da Convenção europeia.⁵⁴

⁵⁴ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 234.

3 A DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COMO ÔNUS AO JUIZ E AO ESTADO

3.1 Prazos processuais

A fixação de prazos na realidade processual tem como objetivo garantir que a demanda não venha a se eternizar. O CPC disciplina o tema dos prazos de forma não uniforme, a depender de quem seja o sujeito que terá que suportar o ônus do tempo.

No caso das partes, a elas se aplica a regra de que os prazos são *próprios*, de modo que, não sendo o ato praticado ou tendo sido praticado fora do prazo estipulado, opera-se a preclusão processual. A preclusão processual pode se dar nas suas espécies *temporal, lógica ou consumativa*, assunto que não é objeto desse estudo. Interessa-nos a preclusão temporal, e um exemplo dessa espécie de preclusão é a hipótese do réu não contestar a ação após ter sido validamente citado. Misael Montenegro Filho exemplifica

Se a parte não praticar o ato no prazo fixado, contra ele incidirão consequências materiais e/ou processuais, a depender do que dela se esperava e do ato que não foi externado em tempo ou no modo indicado. Na hipótese de não ter apresentado a contestação, deparar-se-á com o decreto da revelia; não tendo apresentado o recurso de apelação, haverá o trânsito em julgado da sentença; não apresentando o rol de testemunhas no prazo fixado em lei ou pelo magistrado, perderá o direito de produzir a prova em referência etc.⁵⁵

Mas no caso do magistrado, do Ministério Público quando atua como *custos legis* e dos auxiliares da justiça, embora a lei preveja limites temporais para a prática de atos, estes podem ser manifestados mesmos após a fluência do prazo, nas palavras de Misael Montenegro “sem qualquer consequência processual de maior ou menor estatura”.⁵⁶

A doutrina qualifica o prazo conferido as partes como sendo *próprio*, e como *impróprio* o prazo facultado ao magistrado, ao MP (quando atua como fiscal da lei) e aos auxiliares da justiça. Montenegro salienta que

⁵⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2007. v. 1. p. 237.

⁵⁶ Ibidem. p. 237.

Embora não se preveja penalidade processual em face dos que integram o Judiciário, verificamos em linhas anteriores que o retardo na prática do ato esperado pode ensejar a aplicação de sanções disciplinares e/ou o ajuizamento da ação de indenização por perdas e danos, uma vez preenchidos os requisitos correspondentes.⁵⁷

Mas o que se vê objetivamente é que apenas a parte é punida pelo decurso do prazo sem que o ato tenha sido praticado, sendo aplicado a ela de forma implacável o artigo 183 do CPC, que determina: “Art. 183. Decorrido o prazo, extingui-se, independentemente de declaração judicial o direito de praticar o ato, ficando a salvo, porém, à parte, provar que não realizou por justa causa.”

3.2 Prazos impróprios e sua implicação na morosidade da prestação da tutela jurisdicional

O conceito de prazo impróprio trazido por Carlos Henrique Bezerra nos diz que: “[...] são os legalmente previstos e destinados aos juízes e aos servidores do Poder Judiciário. Diz-se ‘*impróprios*’ porque não são vulneráveis ao fenômeno da preclusão. Daí por que mesmo praticado fora do prazo são válidos.”⁵⁸

Para Nelson Nery Júnior, o prazo impróprio é aquele fixado na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento “não acarreta situação detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares.”⁵⁹

O não cumprimento do prazo destinado às partes (prazo próprio) acarreta consequências processuais graves, a principal delas é a preclusão, instituto necessário para o processo avançar. Em sentido contrário nos prazos impróprios não há nenhum rigor de preclusividade. De acordo com o professor Cândido Rangel Dinamarco

⁵⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento. – 4. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007. v. 1. p. 237.

⁵⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil Comentado e Legislação Extravagante. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A teoria dos prazos está intimamente ligada a teoria da preclusão, eis que ambas, visam manter a marcha avante do processo. Ultrapassada a determinação a determinação do *dies ad quem*, preclusa está a oportunidade de se praticar o ato processual.⁶⁰

Janaina Coelho de Lara, em sua monografia sobre prazo impróprio como obstáculo ao cumprimento do princípio da razoável duração do processo diz que os artigos 133 e 144 do CPC, que trata da responsabilização dos magistrados e serventuários da justiça pelo não cumprimento dos prazos é solução inócua e tendente a tornar ainda mais lenta a tutela jurisdicional.

Se a partir de hoje fossem instaurados tantos processos administrativos disciplinares quantos fossem os casos de não cumprimento de prazos impróprios, não teríamos espaço físico, tampouco, pessoal para processar e julgar tantos processos administrativos, bem como os processos judiciais que certamente seriam ajuizados em face do Estado ante a decisão punitiva administrativa.⁶¹

Em seu estudo sobre a influência do não cumprimento dos prazos impróprios na razoável duração do processo Janaina Coelho de Lara constatou que:

Por meio do processo de amostragem, provamos que o fator gerador das demasiadas demoras no processo são os descumprimentos dos prazos impróprios, eis que os autos quedam-se parados, amontoados em cima das mesas de magistrados e demais servidores do Poder Judiciário por meses e anos a fio, esperando um simples despacho de cite-se ou a simples expedição do referido mandado citatório.⁶²

A realidade é que estando os juízes e servidores cientes de que os prazos fixados em lei servem apenas como parâmetro para a prática de seus atos, (como no conceito Nelson Nery Junior), e convictos da não existência de sanções objetivas, o ambiente para o desapego aos seus prazos está criado.

3.3 Responsabilidade subjetiva do juiz e a responsabilidade objetiva do Estado pela demora do serviço público jurisdicional

A antiga tese da irresponsabilidade do Estado com fundamento na natureza da atividade jurisdicional vem aos poucos perdendo terreno para a responsabilidade objetiva, que independe de culpa do agente, consagrada na Constituição Federal. Sobre o tema Carlos Roberto Gonçalves afirma que

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v 2.

⁶¹ LARA, Janaina Coelho de. O prazo impróprio como obstáculo ao cumprimento do princípio da duração razoável do processo elevado a garantia fundamental pela emenda constitucional nº 45/2004. Belo Horizonte: Universidade Gama Filho, 2006. p. 29.

⁶² Ibidem, p. 31.

Durante muito tempo entendeu-se que o ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional. O exercício da função jurisdicional se encontra acima da lei e os eventuais desacertos do juiz não poderão envolver a responsabilidade civil do Estado. No entanto, soberania não quer dizer irresponsabilidade. A responsabilidade estatal decorre do princípio da igualdade dos encargos sociais, segundo o qual o lesado fará jus a uma indenização toda vez que sofrer um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público.⁶³

Continuando seu raciocínio Gonçalves diz que a independência da magistratura e a imutabilidade da coisa julgada não são atingidas pela proposição da responsabilidade, pois o fato jurisdicional regular não gera responsabilidade civil do juiz. Assim por exemplo, o simples fato de uma das partes perder a demanda, sofrendo com isso um prejuízo não autoriza a responsabilização do juiz, desde que na prestação jurisdicional não tenha havido erro, falha ou demora irrazoável, sem justo motivo.

O artigo 133 do Código de Processo Civil é terminante ao dizer: “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: ...II – recusar, omitir ou *retardar*, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.” (*grifo nosso*).

A Lei Orgânica da Magistratura repete esta norma jurídica em seu artigo 49 e o CPC, em seu art. 262, dispõe que “o processo civil começa por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial”. Como ao juiz compete dirigir o processo, aplica-se o inciso II do art. 125 do CPC que diz: “Art. 125. O juiz *dirigirá o processo competindo-lhe...II – velar pela rápida solução do litígio;*”.

A justificativa, ou o “justo motivo” do inciso II do art. 133, é sempre a mesma: o excesso de serviço, a falta de servidores e a estrutura deficiente. Mas e se o retardo da entrega da prestação jurisdicional causar perecimento total ou parcial do direito material de uma das partes?

É dever constitucional do Estado, prestar tutela jurisdicional dentro dos prazos e limites impostos pelo sistema jurídico positivo, entretanto é fato que o descumprimento desses prazos destinado aos magistrados (e também aos serventuários) não gera qualquer tipo de sanção a eles. Tal ausência de punição causa a acomodação desses agentes que quase nunca cumprem o prazo descrito

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4. p. 174.

na lei, violando de forma patente o princípio da legalidade, preceito esse que nas palavras de Augusto Dergint é

Dogma a que está vinculada toda a ação estatal, por ser certo o axioma de direito de que a lei deve ser suportada, em primeiro plano, por aquele que a fez. Sendo a lei uma regra de conduta genérica oriunda do Estado, a este é do dever o seu integral cumprimento.”⁶⁴

Mas se o Estado tem o monopólio da jurisdição e não reserva ao demandante alternativa à solução do seu direito conflitado, então de quem é a responsabilidade pela não efetiva prestação da tutela jurisdicional?

Eduardo Kraemer ao abordar a questão da construção da responsabilidade pessoal do magistrado em decorrência de sua atividade jurisdicional diz que: “é tema tormentoso, merecendo uma série de indagações, especialmente no pertinente à forma pela qual a responsabilidade deverá ser caracterizada.”⁶⁵

Oreste Nestor de Souza Laspro classifica o gênero “Responsabilidade do Juiz” em três espécies: a) responsabilização política; b) responsabilização social e; c) responsabilização jurídica. Apesar de não ser objeto desse estudo, falaremos de forma sintetizada sobre elas.

A responsabilidade política corresponde a um dever de participação política nos destinos da sociedade e do Estado, tendo uma conotação mais filosófica do que jurídica. O juiz não deve ser um mero aplicador da lei e sim um partícipe de uma vontade política que busque a realização dos fins do Estado. Essa vontade política, entretanto, não pode sobrepor-se à legalidade, pois aí sim estará praticando ato que pode gerar a sua responsabilização.

A responsabilidade social corresponde ao dever de prestar contas e, eventualmente, sofrer sanções por parte da própria sociedade.

⁶⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 194.

⁶⁵ KRAEMER, Eduardo. A responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 94.

Nesse caso, ao contrário do que ocorre na responsabilidade política, os juízes e a magistratura têm que prestar contas não a um órgão do próprio Estado, mas sim, diretamente, à população ou organismos representativos desta, tais como sindicatos, corporações e partidos políticos.⁶⁶

A responsabilização jurídica subdivide-se em, responsabilização penal, responsabilização disciplinar e responsabilização civil. Na responsabilização penal, o juiz é punido por conduta tipificada no campo penal. São exemplos: o peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação. Na responsabilidade disciplinar o objetivo não é ressarcir eventual prejuízo como na responsabilidade civil, seu objetivo como regra, restringe-se a punir comportamentos, o juiz é responsabilizado por conduta que não condiz com a magistratura, com conduta indevida praticada, tanto na atividade jurisdicional, quanto fora dela. A responsabilização disciplinar não está vinculada a nenhum processo como na responsabilização civil.

A responsabilidade civil é a que interessa ao nosso estudo e segundo Laspro, é a espécie de responsabilização jurídica mais polêmica.

De fato, enquanto naquelas – disciplinar e penal – existe um consenso da doutrina no sentido da sua imprescritibilidade, no caso da civil, forte é a tendência de não se admiti-la ou, pelo menos, restringir ao máximo o seu âmbito de cabimento.⁶⁷

No caso da responsabilização civil estaremos sempre diante de um determinado processo, mesmo se ele já foi extinto, mas do qual a parte alega ter sofrido prejuízos. Se o retardamento desse processo decorrer de falhas e deficiências do aparelho judiciário (sem culpa ou dolo do juiz) representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço o Estado é integralmente responsável. Se a demora resultar de negligência judicial, deve também responder o juiz, ainda que apenas regressivamente ao Estado, conforme o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Augusto do Amaral Dergint observa que “se a demora ocorre por conta exclusiva da negligência do juiz, a responsabilidade é do juiz”⁶⁸, isto por conta do art. 133, inciso II, parágrafo único do CPC. Mas Dergint assevera que

⁶⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

⁶⁷ Ibidem, p. 161.

⁶⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 196.

[...] ainda que o atraso derive exclusivamente de culpa ou dolo do juiz, não se pode excluir a responsabilidade estatal. Isto porque o art. 133 do Código de Processo Civil deve ser interpretado em confrontação com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece a inafastável obrigação indenizatória do Estado pelos atos danosos de seus agentes, bem como seu direito de regresso (contra estes) nos casos de dolo ou culpa.⁶⁹

Laspro evidencia que do crescimento da atividade jurisdicional e seus profundos reflexos nas relações materiais nos últimos anos, extrai-se uma tendência no sentido da ampliação da responsabilidade pelo seu exercício, não somente no Brasil como no direito de outros países.

De fato, à exceção dos países de *common law*, tradicionalmente refratários a essa espécie de responsabilização, todos os demais sistemas examinados não mais aceitam que seja prestado um serviço que constitui verdadeiro dever o Estado e não sejam punidos eventuais desvios na sua finalidade.⁷⁰

No estudo de Laspro, infere-se que mesmo as legislações mais liberais no que se refere à responsabilização do juiz, restringem-na ao caso da culpa grave pelo menos. Não é diferente no Brasil, já que nossa jurisprudência adota a interpretação mais restritiva possível à responsabilização do juiz.

Nesse sentido o Supremo entende que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei (como é o caso de erro judiciário) e que pela demora processual somente responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude. A ementa que segue exemplifica o amparo deste julgado de primeiro grau na jurisprudência da Corte Suprema:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NÃO SE APLICA AOS ATOS DO PODER JUDICIÁRIO, SALVO OS CASOS EXPRESSAMENTE DECLARADOS EM LEI. ORIENTAÇÃO ASSENTADA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.⁷¹

Segundo o STF a irreparabilidade dos danos provenientes de atos do Poder Judiciário resultaria do fato de se “tratar de um Poder soberano, que goza de

⁶⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 197.

⁷⁰ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 331.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219117. Primeira Turma. REL. MIN. Ilmar Galvão.

imunidades que não se enquadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos quando no exercício de suas funções”.⁷²

Como se vê, as posições da doutrina e da jurisprudência sobre o tema são diametralmente opostas.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 219117*. Primeira Turma. REL. MIN. Ilmar Galvão.

4 HIPÓTESES DE REDISTRIBUIÇÃO ENTRE AS PARTES DO ÔNUS PELA DEMORA PROCESSUAL

Misael Montenegro Filho diz que o processo convive com dois primados antagônicos: “de um lado a necessidade da rápida solução do conflito de interesse, sabido que justiça tardia é sinônimo de injustiça; de outro lado, a necessidade do contraditório e da ampla defesa e dos demais princípios inerentes ao devido processo legal [...]”⁷³

Mas como equacionar então esse conflito e entregar a prestação jurisdicional no tempo certo, nem antes nem depois dele, de forma que a parte que teve seu direito violado não sofra as consequências da dilação do processo?

Várias medidas vêm sendo adotadas pelo legislador para o alcance de um projeto de resultados, entre elas a criação do procedimento sumaríssimo (causas que têm trâmite perante os Juizados Especiais Cíveis), o estímulo das propostas de conciliação, a remodelação do recurso de agravo que é como regra, retido, casos de inadmissão de apelação, etc. Mas vamos nos limitar a falar sobre os instrumentos usados para, entre outros objetivos, distribuir o sacrifício da demora processual de maneira mais justa.

4.1 Antecipação de Tutela

É vantajosa a situação do réu no procedimento comum. O uso impróprio desse procedimento faz com que o réu passe a dele se valer em seu benefício, com intuito de obter vantagens patrimoniais em detrimento do autor. A herança desse procedimento, preocupado exageradamente com o direito de defesa, vem do liberalismo clássico e visava não se permitir a invasão da esfera jurídica do demandado “*antes da plena realização da oportunidade de defesa.*”⁷⁴ Nesse sentido, Marinoni assevera

O tempo do procedimento comum sempre prejudica o autor que tem razão, beneficiando o réu em igual medida. Se durante o tempo de duração do processo o bem reivindicado é mantido na esfera jurídico-patrimonial do réu,

⁷³ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2008. v. 3. p. 57.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p 364.

esse, ainda que sem razão, é beneficiado pela demora da prestação jurisdicional. Portanto, não é de estranhar que o réu frequentemente abuse do seu direito de defesa com o objetivo de protelar o processo.⁷⁵

A reforma de 1994 introduziu no Código de Processo Civil o instituto da **tutela antecipada** para se inibir o abuso de direito de defesa, diz em seu art. 273, II: “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Em 2002, foi acrescentado ao art. 273 o parágrafo 6º, com a seguinte redação: “A *tutela antecipada* também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso”. Marinoni observa que essas duas técnicas de tutela antecipatória, quando bem compreendidas, são capazes de conferir uma adequada distribuição do tempo, viabilizando o equilíbrio entre os direitos de ação e de defesa.

Diz o artigo 333 do Código de Processo Civil diz que:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Ora, se o ônus da prova é repartido entre o autor e o réu na medida do que alegam, por que o tempo do processo também não é dividido de acordo com essa mesma regra? Marinoni responde indagação afirmando que:

Se os fatos constitutivos do direito são incontrovertidos e o réu requer a produção de prova para demonstrar um fato que se apresenta como provavelmente infundado (defesa de mérito indireta infundada), é correto retirar do autor e impor ao réu o ônus do tempo para a produção de tal prova.⁷⁶

No momento em que o encargo da prova passa a ser responsabilidade do réu, o ônus do tempo também deve lhe caber, pelo menos quanto aos fatos que se apresentem como infundados. Daí a inteligência do artigo 273 do Código de Processo Civil, ao transferir do autor para o réu esse ônus:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 365.

⁷⁶ Ibidem, p 367.

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Reza o artigo 125, I, *in verbis*:

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes *igualdade* de tratamento” (*grifo nosso*).

Nelson Nery Junior afirma que essa norma tem o objetivo de dar tratamento isonômico entre às partes, isto é, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.” ⁷⁷

Mas, efetivamente, o que significa no processo civil, dar tratamento isonômico às partes?

Respondendo Nelson Nery diz que “é a efetiva igualdade entre as partes, aquela de fato. Busca-se a denominada *igualdade real* ou *substancial*, onde se proporcionam as mesmas oportunidades às partes.” ⁷⁸

Ada Pellegrini observa com muita clareza que “Tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo civil, ou seja, as pessoas também possuem o direito e devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Daí que deriva o que se chama de princípio da isonomia processual.” ⁷⁹

Modernamente, entende-se que a igualdade no processo, no sentido substancial, consiste na *par conditio* ou paridade de armas. A plena realização da justiça exige a isonomia substancial. Rui Portanova sustenta que o princípio da igualdade é um princípio supraconstitucional, no sentido de que outras disposições da Constituição lhe devem obediência.

A plena realização da justiça exige, assim, a *isonomia substancial*. É necessário, portanto, conceder-se um tratamento diversificado àqueles que se encontram em situações distintas. O princípio da isonomia substancial, não resta dúvidas, constitui-se em verdadeiro manancial hermenêutico para que o magistrado, através do processo judicial, possa reduzir desigualdades

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 72.

⁷⁸ Ibidem, p. 72.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 314-315.

e disparidades existentes entre os litigantes, de modo a aproximar a sua decisão dos critérios norteadores da Justiça.⁸⁰

Continua ele,

[...] Em cada auto processual, mais do que um número, existem pessoas humanas que debatem muitas vezes direitos sociais relevantíssimos, como a moradia, a alimentação, o trabalho e a saúde. Esses litigantes, para alcançarem os objetivos constitucionais, a efetiva participação, a efetividade e os escopos do processo, não podem litigar em desequilíbrio de forças. A decisão judicial, em face da carga política que representa e em razão da responsabilidade social que lhe é imanente, só pode vir após absoluta garantia de que as partes litigaram em igualdade de condições. Só assim se terá a razoável certeza de que a decisão da justiça não foi fruto de esperteza de uma das partes, mas fruto de um debate jurídico igual.⁸¹

A distribuição do tempo do processo é fundamental para a preservação do princípio da isonomia e o instituto da tutela antecipada distribui o ônus desse tempo, não deixando que a parte, a quem o direito se apresenta com maior probabilidade de ser verdadeiro, suporte sozinho o peso do tempo.

O instituto da tutela antecipada é resultado de um processo de evolução dos direitos fundamentais e de uma necessidade do processo cumprir sua real finalidade, que é a de solucionar conflitos em tempo útil. O procedimento tradicional (comum ou ordinário), isoladamente, não atende as demandas atuais da sociedade e o dogma da ampla defesa deve ser relativizado frente à necessidade de prestação jurisdicional em tempo razoável, princípio agora também positivado na Constituição Federal.

O princípio da efetividade, inserido no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental impõe que os direitos reconhecidos sejam efetivados, realizados, não bastando seu mero reconhecimento. Sobre ele Marinoni completa

A realidade social brasileira exige que seja realçado o valor da efetividade, já que muitos não podem esperar para receber as pequenas quantias a que têm direito, a não ser com um custo muito alto, que em vários casos significa até mesmo fome e miséria. Aqueles que desejam uma jurisdição adequada aos novos dias e ainda tratam a ampla defesa como dogma, devem parar para pensar que ela ao garantir o réu, pode retirar muita coisa do autor.⁸²

⁸⁰PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 37.

⁸¹Ibidem, p. 42-43.

⁸²MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p 369.

4.2 Medidas Cautelares

O processo é uma série de atos encadeados no tempo, de forma ordenada, objetivando o provimento jurisdicional.

A natureza (ou o tipo) do processo varia conforme a sua utilidade para a solução da lide e são: 1) Processo de conhecimento; 2) Processo de execução; e 3) Processo cautelar.

O processo de conhecimento visa resolver a crise de certeza da lide, o processo de execução visa o cumprimento de uma obrigação expressa em um título executivo extrajudicial, e o processo cautelar visa à tomada de providências acautelatórias que assegurem o resultado final do processo, afastando o risco de que a demora faça perecer o direito.

O tempo necessário para cumprir as formalidades que garantem o devido processo legal o contraditório e a ampla defesa, traz riscos de que o objeto da lide se deteriore ou pereça, tornando ineficaz o provimento final.

Para solucionar este problema, reduzindo os riscos que transcorrem em função da demora do processo, o legislador criou as chamadas Medidas Cautelares (CPC, arts. 796 a 889 – Do Processo Cautelar), com o objetivo de preservar o bem da vida – objeto do litígio – contra o risco da demora do processo.

Nos casos de danos decorrentes da demora processual, são cabíveis as medidas cautelares ou acautelatórias, que visam afastar o risco de deterioração ou perecimento, protegendo o objeto da demanda sem, contudo, antecipar uma decisão sobre o mérito da lide, ou seja, as decisões cautelares não têm (ou não devem ter) natureza satisfativa (não versam sobre o mérito).

As medidas cautelares visam assegurar o resultado útil do processo (principal) que resolverá a lide.

Tanto as medidas antecipatórias como as medidas acautelatórias são requeridas pelas partes e concedidas pelo juiz de forma liminar, no início do processo ou de forma incidental, ou seja, no curso do processo.

A medida liminar é, genericamente, a medida processual concedida em caráter provisório e em cognição sumária, pela qual o juiz determina uma providência antecipatória ou cautelar, para garantir a efetividade do processo.

Nas tutelas de urgência o juiz deve decidir com base na plausibilidade, probabilidade ou verossimilhança das alegações de quem pede a medida.

As liminares (antecipatórias ou cautelares) são decididas pelo juiz mediante cognição superficial, pois basta o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), a plausibilidade do direito invocado, não sendo necessária a certeza do direito, diante do *periculum in mora* (perigo da demora) de dano ou perecimento do direito.

Observe-se que nas medidas antecipatórias a lei exige, entre outros quesitos, que o juiz verifique a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca nos autos.

Na verossimilhança das alegações o juiz verifica se o que foi narrado e provado parece verdadeiro, não que o seja e nem precisa sê-lo, mas é fundamental que a alegação tenha aparência de verdadeiro (*exemplo do extravio de mala de atleta que vai competir em torneio internacional de tiro e diz ter armas caríssimas de precisão dentro da mesma*).

Na prova inequívoca, aquilo de atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa deve ser evidente. É a prova robusta, contundente, que dá por si só, a maior margem de segurança possível ao juiz sobre a existência ou não de um fato e de suas conseqüências jurídicas.

As medidas cautelares visam, ainda que de forma implícita, a distribuição do ônus do tempo do processo, não deixando que uma parte, a quem o direito se apresenta mais verossímil, suporte sozinho os efeitos do tempo. Nesse sentido finaliza Misael Montenegro

Desse modo o que se pretende com a ação cautelar é garantir o resultado útil da ação principal, evitando que a força do tempo e/ou comportamentos assumidos pela parte adversa viessem a impor o perecimento do bem ou do direito que seria disputado no palco da ação principal.⁸³

⁸³ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2008. v. 3. p. 57.

4.3 Alienação na Execução Provisória (CPC, 475-O)

A problemática da morosidade se apresenta não apenas na fase de cognição e resolução do conflito, mas também e sobretudo, na fase de efetivação da tutela definitiva ou provisória. Por isso a relevância do estudo de meios capazes de tornar realmente eficaz a execução das decisões judiciais, sejam elas definitivas ou provisórias, pendentes de recursos, muitas das vezes protelatórios.

De nada serve o provimento jurisdicional, depois de um longo trâmite processual, se o autor não pode executar o título judicial, pois o mesmo está pendente de recurso, muitas vezes utilizado como meio protelatório pelo réu vencido. É como uma vitória de Pirro, ilusória.

Por isso uma nova lei de execução civil foi editada com a finalidade de dar efetividade e agilidade à liquidação e ao cumprimento das sentenças judiciais.

A Lei 11.232/2005 e a Lei 11.382/2006 promoveram profunda alteração no regime da execução civil, visando coibir a tão freqüente procrastinação da execução da sentença. A Lei 11.232/2005 inseriu os artigos 475-A a 475-H no Código de Processo Civil. No artigo 475-I, parágrafo 1º encontra-se a definição do instituto “Execução Provisória” e no artigo 475-O encontra-se a maioria das suas disposições.

Na definição do art. 475-I, diz-se basicamente que *definitiva* é a execução fundada em título extrajudicial ou em decisão judicial transitada em julgado. A execução *provisória* é a fundada em decisão judicial impugnada mediante recurso somente com efeito devolutivo, ou seja, recurso que não suspende a eficácia da sentença.

A inovação do art. 475-O que diz “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva”, permite que o cumprimento da execução provisória seja imediato assim como o da execução definitiva, deslocando o ônus da demora do recurso do exeqüente para o executado. Ora, se o autor da ação suportou o encargo de todo o tempo do processo por lhe caber provar no procedimento de cognição que teve o seu direito violado, nada mais justo que o

encargo do tempo do recurso seja transmitido ao executado, pois a demora agora se dará porque este quer provar que o direito é seu.

Por força do art. 475-J do CPC, é de 15 dias o prazo concedido ao devedor para cumprir, voluntariamente a obrigação de pagar o montante da condenação, sob pena de sofrer execução. Passado este prazo o autor poderá requerer a execução, solicitando nos termos do art. 475-J, a penhora e a avaliação de bens do devedor. O art. 475-O, inciso III, do CPC autoriza o exeqüente a *alienar* a propriedade destes bens.

Nesse caso, cabe inicialmente a realização de penhora de bem do devedor, que pode recair em dinheiro, móveis, imóveis, ações, salário, rendas, etc. Quando a penhora não recai em dinheiro, a expropriação se dá através: i) da alienação do bem; ii) da adjudicação do bem em favor do credor, ou seja, o próprio credor fica com o bem penhorado; iii) do usufruto de imóvel ou de móvel, ou seja, o credor fica com os frutos desses bens por determinado tempo até a quitação do débito do executado.

A alienação é necessária para permitir a transformação do bem penhorado em dinheiro, mediante a sua venda em hasta pública. Antes da alienação é necessário que se passe pelas fases de avaliação do bem e da publicidade acerca da futura realização da hasta pública mediante o melhor preço.

Na alienação da execução provisória, as alterações na lei dão segurança jurídica ao executado, pois de acordo com os incisos I e II do art. 475-O, o exeqüente deverá restituir a quantia levantada e pagar eventuais prejuízos sofridos pelo executado, em caso de reforma da decisão. A responsabilidade de quem promove a execução - credor ou exeqüente, é objetiva, independe de culpa, por isso caso a sentença seja reformada deve ele reparar eventuais prejuízos que o executado venha a sofrer (CPC, art. 588, I). Os riscos envolvendo a execução provisória envolvem somente as partes, não atingindo terceiros de boa fé, que legitimamente tenham adquirido a propriedade dos bens executados.

A técnica executiva caracterizada pela penhora e pelos atos de expropriação – adjudicação, alienação e usufruto, permitem na execução provisória, uma rápida e efetiva prestação jurisdicional, redistribuindo ônus da demora do tempo

do processo, pelo menos na fase de recurso, à parte que até então não tinha esse encargo.

4.4 A Efetividade da Multa na Execução da Sentença (CPC, 475-J)

A Lei nº 11.232 de 23 de dezembro de 2005, em vigor a partir de 24 de junho de 2006, é proveniente do “Pacto de Estado em favor de um Poder Judiciário mais rápido e republicano”, celebrado no Congresso nacional, que dá continuidade à Reforma do Judiciário.

Antes da vigência da nova lei, o jurisdicionado ao ter reconhecido um direito no processo de cognição, teria novamente que ingressar com outra ação (autônoma), desta vez executiva, para conseguir o cumprimento da obrigação do devedor. A Lei 11.232/2005 introduziu o chamado “Cumprimento da Sentença”, que consiste na execução das decisões condenatórias do pagamento de quantia certa no mesmo processo, sem necessidade de se iniciar outro para executar a sentença, há uma unificação no sentido de se simplificar e agilizar a prestação jurisdicional, é o chamado “processo sincrético”, nele já não mais existem três processos distintos, ou seja, o processo de conhecimento, o processo de liquidação da sentença e o processo de execução passaram a não mais representar três relações processuais distintas e autônomas, com as respectivas citações. Para a demanda do jurisdicionado há agora um único processo e uma única citação.

Entre outras inovações relevantes, a Lei 11.232/2005, instituiu através do art. 475-J, do CPC, a *multa* de 10% (dez por cento), que incidirá se ao fim de quinze dias o executado não adimplir sua obrigação de pagamento de quantia certa. É importante não confundir essa multa com outras imposições semelhantes, presentes no CPC. Marinoni e Arenhart defendem que “a multa do art. 475-J tem natureza punitiva, semelhante à cláusula penal estabelecida em contrato. [...], mas diversamente desta não é fixada pela vontade das partes, mas imposta pela lei.”⁸⁴

Ao abordar as finalidades das multas descritas no Código de Processo Civil, Marinoni resume dessa maneira:

⁸⁴MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 240.

[...] a multa do art. 461 é instituída *para fazer cumprir*, ao passo que as multas do art. 14, parágrafo único, e do art. 475-J são instituídas *para punir pelo descumprimento*. A multa do art. 14, objetiva tutelar a autoridade do juiz, sancionando a insubordinação da parte, independentemente de obrigação não adimplida no plano do direito material, enquanto que a multa do art. 475-J, embora também voltada a punir pelo desprezo à decisão judicial, sanciona o devedor pelo descumprimento de prestação devida ao credor.⁸⁵

A partir do momento em que a sentença condenatória passa a produzir efeitos, o devedor deve promover de forma espontânea o pagamento da dívida no prazo de quinze dias (a não ser que haja transação que estipule outro prazo). Passado esse prazo incide a multa adicional do art. 475-J, do CPC. Marinoni diz que uma vez impositiva a sentença condenatória – pela inexistência de recurso recebido com efeito suspensivo (execução provisória) ou diante do seu trânsito em julgado (execução definitiva) -, homologada a transação etc., deve o devedor realizar o pagamento do débito líquido e certo. Prosseguindo Marinoni assevera:

A sentença torna inequívoca a existência da obrigação – porque reconhecida por título executivo judicial, *ainda que provisório*, porque discutível em grau de recurso, ao qual a lei, porém, entendeu por negar efeito suspensivo, concluindo pela improbabilidade da alteração do resultado, ou pela necessidade de correr-se o risco da modificação futura, em prol da *celeridade processual*.⁸⁶

A intenção do legislador ao introduzir a multa no art. 475-J foi no sentido de estimular o devedor a cumprir a sentença condenatória dentro do prazo estipulado, objetivando fomentar a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.

A multa, ainda que de forma implícita, como às outras técnicas de execução expostas nessa monografia, também visa à redistribuição do ônus do tempo do processo, pois a partir da prolação da sentença passa a ser ônus do devedor.

⁸⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3. p. 241.

⁸⁶Ibidem, p. 237.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho teve por objetivo demonstrar as causas da excessiva lentidão no trâmite das demandas judiciais e os instrumentos criados pelo legislador para aplacar os efeitos dessa demora, efeitos esses que recaem principalmente na parte que tem seu direito violado.

Entendemos que a “razoável duração do processo” deve ser entendida como um conceito jurídico necessariamente indeterminado, que reflete, não só a opção do legislador, mas sim a impossibilidade de se contemplar em um só conceito todas as hipóteses e situações relativas a prazos processuais. O operador do direito deve buscar no caso concreto, a correta compreensão de seu conteúdo e de sua extensão, aplicando o princípio da razoabilidade, núcleo essencial da garantia à razoável duração do processo. A razoabilidade deve ser o norte a ser seguido pelo operador da norma.

Não obstante o conceito da “razoabilidade” comportar uma subjetividade, o intérprete-aplicador da norma pode utilizar-se de critérios auxiliares na formulação de seu juízo quanto à violação ou não da garantia.

Na esteira dos ensinamentos de André Nicolitt, a avaliação da razoável duração do processo dependerá do tipo de processo a ser examinado (penal, civil, trabalhista, tributário, eleitoral, militar), e a partir daí se analisando os seguintes critérios: a) complexidade da causa; b) conduta dos litigantes; c) atuação dos litigantes; d) importância do litígio para os demandantes; e) contexto em que se desenvolveu o processo. Os critérios definidos por Nicolitt têm natureza eminentemente auxiliar, podendo ser utilizados outros meios de avaliação quanto à violação ou não da garantia à razoável duração do processo.

Esses critérios aplicam-se perfeitamente ao direito brasileiro e podem contribuir, sobremaneira, para a concreção da garantia à razoável duração do processo.

Pelo fato do autor ao impetrar uma ação querer modificar uma realidade e o réu desejar manter o *status quo*, o tempo do processo trará para ambos, além dos prováveis danos econômicos, uma carga de expectativas, de angustias, de temores

quanto ao desenvolvimento e ao resultado da disputa. Pelo fato da distribuição do ônus do tempo do processo não ser igual para as partes, em regra ao autor cabe um peso ainda maior desses sentimentos.

A dimensão do tempo é ainda mais evidente quando se trata de direitos não patrimoniais, como os direitos de personalidade e o direito ao meio ambiente, que por ser altamente perecível, caso passe algum tempo de sua violação serão transformados apenas em direito à indenização, o que na maioria das vezes não satisfaz e nem é objetivo do autor. Por isso o processo além de ser tempestivo e útil deve considerar as necessidades da parte tanto no aspecto econômico, social e psicológico, principalmente daquele que tem maior ônus pela demora processual, pois só pelo fato de ter maior encargo na relação processual, demonstra ser a parte que tem a maior probabilidade de ter tido seu direito violado.

Não é tarefa simples tratar da responsabilidade do Estado e do juiz nos danos causados pela deficiente prestação jurisdicional. A complexidade da atual sociedade e a expansão do poder judicial do Estado, por este deter o monopólio da jurisdição, tem motivado o debate sobre a responsabilidade do serviço judiciário por danos produzidos na esfera jurídica de terceiros.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais têm posições diametralmente opostas sobre o tema, os discursos são em tudo contrários. A orientação dos nossos tribunais é de regra, da irresponsabilidade do Estado por danos decorrentes da prestação jurisdicional, a responsabilidade é exceção. O Estado somente responde em casos expressamente indicados na lei – erro judiciário em condenação penal e quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença. Na ausência de previsão legal há a irresponsabilidade do Estado.

As hipóteses previstas na legislação nacional de responsabilidade subjetiva do magistrado são consideradas hipóteses de responsabilidade pessoal exclusiva. Paulo Modesto critica essa interpretação dizendo que o legislador desconsiderou o fato de o magistrado atuar como órgão do Estado, como agente seu, no exercício de competências públicas, por isso a lei deveria ser mais específica nesse sentido. Segundo Paulo Modesto trata-se de uma situação político-

jurídica em que a própria jurisprudência poderia dar uma interpretação mais republicana à lei.

É lamentável constatar que em pleno século XXI que a maior parte dos danos resultantes dos atos resultantes da atuação lesiva do Estado-Juiz permaneça sem reparação.

O réu não raramente vale-se da demora do procedimento comum para obter vantagens patrimoniais à custa do sacrifício do autor, forçando este também a acordos desvantajosos. Mas essa posição privilegiada do réu vem mudando com a introdução no sistema jurídico brasileiro de instrumentos, já utilizados em outros países, que tem a finalidade de eliminar vantagens e redistribuir o ônus pela demora excessiva do processo.

O sistema processual civil, para atender aos direitos fundamentais de ação e de defesa, dando tratamento isonômico ao autor e ao réu, deve tratar o tempo como um ônus. Nesse aspecto instituiu técnica da tutela antecipada, capaz de conferir uma adequada distribuição do tempo, viabilizando o equilíbrio entre os direitos de ação e o direito de defesa.

A cautela judicial, diversamente do que ocorria anteriormente, não está vinculada apenas ao caso de levantamento de depósito em dinheiro, mas também à prática de todos os atos que importem alienação de propriedade, isso pode resultar grave dano e de difícil reparação ao executado, por isso a necessidade, em regra, da caução.

A relação jurídico-processual apresenta um início, um meio e um fim. O meio dessa relação é marcado pela presença de atos instrutórios, necessários para que o juiz forme o seu convencimento, considerando que o ato final, que é a sentença deve vir acompanhado da fundamentação devida. O percurso deste *iter* reclama a observância de um *tempo mínimo*, a fim de que todos os atos sejam praticados.

O tempo decorrido entre a formação do processo e a sentença final, causa angústia às partes, na maioria das vezes ao autor e na administração desse tempo o magistrado convive com dois princípios antagônicos: de um lado a

necessidade da rápida solução do conflito, e de outro lado o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa. Nesse cenário o juiz deve valer-se de instrumentos que estejam ao seu alcance para distribuir o ônus da demora entre as partes de modo que não fique apenas ao encargo de apenas um, geralmente o autor, o peso do tempo.

Ao lado das regras de simplificação de procedimentos (ritos sumário e sumaríssimo, conciliação, agravo retido como regra, etc.) que não é objeto desta monografia, temos a possibilidade de deferimento de liminares - em ações cautelares, e de antecipações de tutela, possibilitando ao juiz dar determinada providência jurisdicional, mesmo que de forma provisória, ao autor, tirando desse o ônus de suportar sozinho o tempo da demora da sentença definitiva. É razoável que para esta decisão o autor mostre ao juiz que preenche os requisitos específicos, sempre apoiado na existência do *periculum in mora*. Exemplar é a situação do autor, doente ou com familiar na mesma situação, que não pode aguardar o tempo do processo para efetuar intervenção cirúrgica urgente que seu plano de saúde insiste em não pagar, alegando doença pré-existente.

A multa na execução da sentença e a alienação na execução provisória são outros importantes instrumentos do magistrado no sentido de redistribuir o ônus do tempo para a parte que recorre da sentença, muitas vezes com intenção protelatória, objetivando beneficiar-se da demora ou para forçar um acordo desfavorável ao autor que tem razão.

Durante a busca de causas e soluções para a questão da morosidade do sistema processual brasileiro, deparamos com um instituto que nos chamou especial atenção, pelo efeito devastador que faz no curso do processo, o **prazo impróprio**.

Na análise feita sobre o assunto, pudemos constatar que o descumprimento desse prazo, não acarreta qualquer conseqüência processual ao juiz ou a seus auxiliares. As conseqüências administrativas imputadas não são efetivamente aplicadas e mesmo quando aplicadas não tem reflexos no andamento do processo, tornando-o mais célere. Além do mais se cada pessoa que tivesse seu processo parado pela inobservância do prazo destinado ao órgão judicante interpusesse uma ação de reivindicando perdas e danos pela demora excessiva do

julgamento do seu pleito, teríamos uma infinidade de processos emperrando ainda mais o já abarrotado Poder Judiciário.

Na leitura de um trabalho de pesquisa sobre o assunto, verificamos que por meio de amostragem verificou-se ser o prazo impróprio fato gerador das demasiadas demoras, com processos parados esperando simples despachos de cite-se ou a simples expedição do referido mandado citatório.

Não basta a reforma atual do CPC, diminuir recursos e prazos com o intuito de agilizar o Poder Judiciário se todos os prazos não forem respeitados. Há que se fazer algumas reflexões sobre essa espécie inadequada de prazo, como por exemplo: a) como é possível impor conseqüências processuais as partes litigantes que não cumprem seus prazos e não fazer o mesmo com o Estado que tem por dever constitucional prestar de forma efetiva a tutela jurisdicional? b) como o Estado vai impor conseqüência processual com correspondente conseqüência funcional aos seus agentes que descumprirem seus prazos se o próprio Estado não lhes dá as condições para que esse esforço seja correspondido?

O cenário ideal desse quadro seria a aplicação do que já existe na lei como regra: **o cumprimento dos prazos processuais**. Enquanto isso não for possível, há que se buscar a implementação de medidas que ao menos reduzam o seu descumprimento, pois não resta nenhuma dúvida que a manutenção dos prazos impróprios da forma que se encontra é um dos principais fatos geradores de atrasos na prestação jurisdicional, com isso confrontando de forma patente o princípio contido no art. 5º, inciso LXXXVIII da Carta Magna, que trata da razoável duração do processo.

O Código de Processo Civil vigente não mais atende às necessidades atuais dos jurisdicionados. É incapaz de tornar concreto o direito à razoável duração do processo. Por esse motivo, o legislativo federal, cumprindo sua função constitucional, instituiu uma comissão para reforma do atual CPC.

Na apresentação do Anteprojeto, o Presidente da Comissão, Ministro do STJ Luiz Fux, relatou que os trabalhos se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de

forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim mais coesão.

A Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil tem como maior desafio, nas palavras do seu Presidente “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”. Questiona ainda o Ministro: “[...] Como desincubir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?”

A Comissão fala com propriedade na necessidade de harmonizar a lei processual em relação à Constituição Federal, principalmente em seu objetivo de que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material em tempo útil às partes demandantes. Fala também na simplificação do sistema processual, principalmente em seu subsistema recursal é importante não só para a diminuição do tempo do processo, mas também para permitir ao juiz centrar mais sua atenção no mérito da causa.

A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.

Mas para se ver transformada essa situação não basta às soluções legislativas, é necessário que se cumpra as normas já positivadas na constituição e no ordenamento jurídico infraconstitucional. Há que se penalizar os magistrados que deixam de cumprir sua obrigação de fazer o processo andar e a parte que venha a opor recursos meramente protelatórios.

Deve-se, também, deixar aberta a possibilidade de considerarmos a influência do sujeito na causalidade do dano, pois se sabe que a litigância protelatória por parte do próprio jurisdicionado é prática comum nos processos brasileiros, contribuindo também este para a morosidade processual.

No Brasil, bons acordos são conseguidos por devedores que apostam na lentidão da Justiça para quebrantar a resistência dos credores. E o que falar dos precatórios? A respeito dos precatórios, a Justiça só garante o lugar na fila, para evitar furões. Em resumo, só assiste o calote e o desrespeito aos seus julgados.

Um exemplo vem da justiça eleitoral, quando políticos impedidos de exercer seu mandato por decisão da justiça, recorrem a “bons” advogados, que com manobras recursais procrastinam o processo até que este prescreva ou que acabe o mandato do político impedido pelo judiciário.

Teresa Arruda Alvim Wambier diz que “Não se pode aguardar solução milagrosa para as inúmeras questões processuais que nos preocupam há muito tempo.” Por isso o novo CPC deve ser elaborado, fundamentalmente, com base nos problemas atuais, procurando também fortalecer a jurisprudência dos tribunais e as decisões de primeira instância, tendo como meta a eficaz prestação jurisdicional.

Para finalizar, gostaríamos de alertar sobre as consequências negativas da busca aflita da celeridade processual. A prestação jurisdicional efetiva não pode ser obtida a qualquer custo, as garantias também constitucionais da ampla defesa e do contraditório, enfim, do devido processo legal, carecem de tempo, o que podemos chamar de “tempo do processo”. Nosso estudo abordou a questão desse tempo, concluindo que, observando-se as peculiaridades de cada caso concreto, em nenhuma hipótese o tempo do processo pode exceder o limite do razoável, utilizando-se para essa aferição o princípio da razoabilidade e os demais instrumentos disponíveis.

Não tivemos nenhuma pretensão de esgotar o tema da morosidade do judiciário e o custo que isso causa as partes, principalmente aquela que é vítima de um ilícito. Até porque baseado na leitura da doutrina citada no curso da monografia, concluímos que só a mudança do sistema processual não basta, pois há outros fatores exógenos à legislação, determinantes na morosidade dos processos, sendo a administração da Justiça um deles, entendendo-se aqui como administração da Justiça, a sua gestão e organização interna. Para que se efetive o acesso à justiça, como determina a Constituição Federal no inciso XXIV do artigo 5º, o orçamento público colocado à disposição do Poder Judiciário, deve ser primordialmente

investido na ampliação ao atendimento da população, principalmente da parcela mais carente.

O cidadão que custeia o Estado, com o pagamento das diversas espécies de tributos, espera que este na sua função jurisdicional, diga o direito, quando acionado para que o faça, de maneira eficaz e dentro de um prazo razoável, como preceitua o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, precisamente dentro do título dos direitos e garantias fundamentais das pessoas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. EC n. 45 e o Instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da UNIPAR**, Umuarama, v. 11, n. 2, p. 521-543, jul./dez. 2008.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 219117**. Primeira Turma. REL. MIN. Ilmar Galvão.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DECLARAÇÃO DE Virginia. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em: 3 set. 2010.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAJARDON, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Jurídica Lemos & Cruz, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo a auxiliares da justiça. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(RE) pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

IBDPI. Disponível em:<<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 8 set. 2010.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>> Acesso em: 8 set. 2010.

KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

LARA, Janaina Coelho de. **O prazo impróprio como obstáculo ao cumprimento do princípio da duração razoável do processo elevado a garantia fundamental pela emenda constitucional nº 45/2004**. Belo Horizonte: Universidade Gama Filho, 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LT'r, 2004.

MAGNA Carta, de 1215. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 3 de set. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MODESTO, Paulo. **Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. IBDP. Disponível em:< www.ibdp.org.br>. Acesso em: 16 out. 2010

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo de conhecimento. 4. ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 4. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Valores fundamentais da reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 24, n. 75, nov. 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Bruno Freire; MAZZER, Rodrigo. **Reforma do judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 43, out./dez. 2006.

TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O novo código de processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano 14, n. 314, fev. 2010.